

**El delito de concusión en la doctrina y en la Jurisprudencia de la Corte Suprema
de Justicia**

Por: Alba Inés Ardila Londoño

Trabajo de Grado para obtener Magister en Derecho Penal

Septiembre 2013

Introducción.....	3
el Delito de Concusión en la Doctrina Colombiana.....	4
Tipo Objetivo.....	5
Bien Jurídico.....	5
Sujeto Activo, Sujeto Pasivo.....	7
Objeto Material.....	9
Verbos Rectores: Constreñir.....	9
Inducir.....	11
Solicitar.....	13
Abuso del Cargo o de la Función.....	15
El Miedo a la Potestad.....	17
Otros Elementos.....	20
Consideraciones Generales.....	21
Caso Avianca vs Director Aeronáutica.....	32
Caso Abdul Mustafá vs Jorge Ortiz Rubio.....	36
Conclusiones.....	42
Bibliografía.....	43
Sentencias de la Corte Suprema de Justicia.....	44

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se asienta dentro de la línea de investigación más amplia que se desarrolla en la Maestría en Derecho Penal de la Universidad EAFIT y obedece al interés específico de desarrollar estudios sobre los delitos que en el código penal colombiano se ocupan de la corrupción en la administración pública. El delito de concusión es sin lugar a dudas una de las formas especialmente graves de la corrupción y eso justifica un trabajo de profundización que se ocupe de este delito.

Este ensayo, tiene por objeto el análisis de un problema particular relativo al delito de concusión (art. 404 del código penal). Tal problema es el del papel que en la configuración del injusto juega el denominado *metus publiucae potestatis*, o miedo al poder público. Para lograr tal cometido se hizo un rastreo de algunas obras representativas de la doctrina colombiana que permitieran hacer una caracterización general del delito, sin entrar a debatir sobre el alcance de todos los elementos del tipo penal, sino simplemente con el propósito de ofrecer un panorama general sobre el entendimiento que la doctrina tiene sobre el tema, incluyendo por supuesto el elemento ya mencionado, el miedo al poder público.

Para los mismo efectos se hizo un rastreo, este si más exhaustivo, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con el delito de concusión a partir de la vigencia de la ley 599 de 2000, prestando especial atención al alcance que dicha corporación le da al *metus publicae potestatis*.

La propuesta interpretativa que surge de este análisis y es la principal conclusión de este trabajo, es que si tal elemento ha de jugar un papel en la configuración del delito, debe ser, el de servir de criterio delimitador entre el delito tentado y el delito consumado. Una tal interpretación no solo resulta válida, sino que además sirve para evitar lo que en la práctica sucede, y es que quizás el temor a dejar el delito impune conduce a que actos que bien pueden ser considerados propios de la tentativa, se les considera actos de consumación.

I. El delito de concusión en la doctrina colombiana. Breve reseña

1. Consideraciones previas

Este delito se encuentra tipificado en el artículo 404 del código penal, así:

“El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.”

Se trata de uno de “los más graves atentados contra la Administración pública, como quiera que el agente que realiza el comportamiento abusa del cargo o de la función”¹, generando en la víctima miedo a la potestad pública (*metus publicae potestatis*), lo cual logra, realizando uno cualquiera de los verbos rectores indicados en el tipo penal a saber: inducir, constreñir o solicitar.

Este delito se encuentra dentro del capítulo dedicado a los delitos contra la administración pública, en el cual se tipifican aquellos comportamientos que lesionan o ponen en peligro el *correcto funcionamiento de la administración pública*, como bien jurídico que en nuestro criterio, es el que se pretende proteger mediante la amenaza y sanción penal de las conductas descritas en cada uno de los tipos penales allí consagrados.²

¹ Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 293. En el mismo sentido Erleans de Jesús, Peña Ossa, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p.140, quien considera que la concusión tiene una “gravedad intrínseca y superior a cualquier otro delito contra la administración pública que implique un provecho ilegal”.

² Sobre el bien jurídico protegido de manera general en este capítulo, véase Calle Calderón Armando Luis y Juan Oberto Sotomayor Acosta, “El delito de interés ilícito en la celebración de contratos”, en *Estudios de Derecho*, No. 128, Medellín, Universidad de Antioquia, 1997, Universidad de Antioquia. Véase además, Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la administración pública*, cit. pág. 67, para quienes: “debe quedar muy claro que cuando señalamos que la antijuridicidad material en un concreto delito está dada por determinada y específica deformación del bien jurídico institucional “correcto funcionamiento de la

Acerca de los elementos que componen el tipo penal de concusión conviene hacer algunas anotaciones, para lo cual tomaremos como referencia algunos de los autores colombianos que se han pronunciado sobre este particular en vigencia del código penal de 2000:

2. Tipo objetivo

2.1. *Bien jurídico*: Teniendo en cuenta que no solo se protege a la administración pública sino también el patrimonio económico y la autonomía personal, podemos decir que es un objeto jurídico múltiple. Se trata de un tipo pluriofensivo.³

Peña Ossa, señala que el bien jurídico protegido es el “normal o correcto funcionamiento estatal, que el legislador busca proteger con la tipificación de todos estos delitos, en lo que particularmente atañe a la concusión, se concreta en la observancia de los deberes de probidad y pulcritud para con la administración, que conviene garantizar contra los abusos del cargo o de las funciones, cometidas para obtener utilidades indebidas”⁴

Molina Arrubla también se pronuncia al respecto, señalando que el delito de concusión: “es un tipo penal pluriofensivo, en la medida en que en su materialización no solamente se afecta la Administración Pública –en tanto bien jurídico tutelado- sino, también, la libertad y eventualmente, el patrimonio económico del sujeto pasivo de la infracción (...) objeto jurídico de la concusión es el interés de la Administración Pública para que los funcionarios públicos ejerciten sus funciones en forma normal, o mejor, en la forma y modos previstos en las respectivas normas que reglamentan sus funciones, de tal suerte que ese interés se ofende con el abuso por parte del funcionario, ya sea de sus funciones, ya sea

Administración Pública”, no significa ello que se excluya la posibilidad de otro tipo de deformación de las que se enuncian”

³ Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la administración pública*, p.299. No obstante, como se indicó en la nota anterior, para estos autores el bien jurídico general protegido, lo es “el correcto funcionamiento de la administración pública”

⁴ Erleans de Jesús Peña Ossa, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., pp.140-141.

simplemente de su calidad o condición, ejercitados ellos para perseguir una utilidad o ventaja indebidos...”⁵

Por su parte, Uribe García, sostiene: “El objeto jurídico que es la rectitud, fidelidad transparencia y honestidad con la que debe actuar todo servidor público (...) ya que por el servicio prestado el Estado paga.”⁶

Antonio José Cancino, “ha considerado la actividad de la administración pública equivalente a la de gobierno. En esa línea se encuentran, quienes limitan el concepto a una parte de la actividad estatal y arriban al concepto, si se quiere subsidiario, de que la administración consiste en la actividad del estado que no es la legislación ni la justicia. Y continua, “en la concusión se viola el bien jurídico de la administración pero en veces, y más directamente, se menoscaba la propiedad, o la libertad”⁷.

Para Alfonso Gómez Méndez y Gómez Pavajeau⁸ el objeto jurídico propio de la concusión es múltiple, como quiera que se protege no solo la Administración Pública, sino también, en forma eventual, el patrimonio económico y la autonomía personal: en relación con la primera, se pretende salvaguardar y preservar no solo su buena imagen, sino la rectitud que debe (y tiene) que presidir la actuación de los servidores públicos. En relación con lo segundo, se dice que a través de la recriminación de esta conducta, se busca proteger no solo la libertad, la autonomía de los coasociados, que no debe ni puede ser limitada ni coartada, y mucho menos por parte de los mismos servidores públicos; sino también, en la medida en que el servidor de su cargo o de sus funciones abusa, pretende obtener una utilidad indebida, proteger el patrimonio económico de los mismos coasociados, que por tal vía podría ser esquilmo.”.

⁵ Carlos Mario Molina Arrubla, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Editorial Leyer, 2003, p. 221.

⁶ Saúl Uribe García, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 307; Véase además Francisco José Ferreira Delgado, *Derecho Penal, Especial*, tomo II, Bogotá, Temis, 2006, p. 331

⁷ Antonio José Cancino, *delitos contra la Administración Pública* en AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 93-94.

⁸ Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la administración pública* cit. p.74.

En la doctrina extranjera Olaizola Nogales, refiriéndose al código penal español, sostiene:

“En mi opinión, el bien jurídico general protegido en los delitos del título XIX es el buen funcionamiento de la Administración pública, entendido como la imparcialidad, legalidad y objetividad, o atención a los intereses generales de la sociedad en la actuación administrativa (aquí lo fundamental es la relación entre el funcionario y ciudadanos administrados...” (p. 87) y más adelante precisa: “La tutela de la Administración no significa proteger los entes en sí mismos, sino precisamente preservar sus funciones y sus cometidos valiosos para la organización social articulada conforme a la Constitución democrática. La Administración se convierte en un ente necesitado de protección no por constituir parte de uno de los poderes del Estado, sino por constituir un instrumento necesario, presupuesto de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos en condiciones de igualdad, transparencia, objetividad, etc. Los titulares de ese bien jurídico son por tanto los ciudadanos, cuyas legítimas expectativas frente a la Administración son las que se ven perjudicadas cuando se altera la función que ésta debe cumplir en el sistema de organización social dado.”⁹

2.2. *Sujeto activo*: Debe ser un servidor público, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20 del cp. Y se requiere además un abuso del cargo o de la función; por ello puede cometer el delito, el funcionario, aun cuando no tenga la competencia para decidir el asunto, que le sirve de pretexto para hacer la exigencia indebida.¹⁰

⁹ Inés Olaizola, Nogales, *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p.88

¹⁰ Véase Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 295; En el mismo sentido, Erleans de Jesús Peña Ossa, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, 2005, p. 142; Saúl Uribe García, *Delitos contra la administración pública*, cit. p. 303, afirma que se requiere realmente la calidad de servidor público, ya que si alguien que no tiene la calidad de servidor público, constriñe, induce o solicita, ya no se tipifica la conducta de concusión, sino constreñimiento ilegal, extorsión, usurpación de funciones públicas, inclusive estafa.” No obstante, por nuestra parte, consideramos que debe quedar claro que a nuestro juicio solo podrá ser autor del delito el servidor público, lo cual no obsta para que quien no teniendo esta calidad intervenga en la realización del delito podrá ser determinador o cómplice, según el caso, y en tal

2.3. *Sujeto pasivo*: En su gran mayoría, los autores colombianos que se han consultado consideran que el sujeto pasivo lo es el Estado.¹¹

Sin embargo, a mi juicio, esta postura debe ser revisada en la medida en que si se parte de un concepto de bien jurídico según el cual, se trata en este caso de proteger el correcto funcionamiento de la administración pública, y en ello lo que importa es la relación ciudadano-administración, en realidad, en delitos como la concusión y en general en la mayoría de los delitos contra la administración, el sujeto pasivo del delito es el mismo ciudadano. Así, en el delito de concusión por ejemplo, cuándo el ciudadano se ve compelido a dar o prometer al servidor público o a un tercero dinero o cualquier utilidad indebida, lo que se está afectando es, tal como lo sostienen Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, el interés general y las finalidades estatales.

El Estado también podrá en casos específicos ser considerado sujeto pasivo de este delito, o bien perjudicado, pero lo que en mi opinión resulta claro, es que el ciudadano es sin duda sujeto pasivo del delito, esto, repetimos desde la perspectiva del bien jurídico de la cual partimos.

Bajo la idea de que se trata de un delito pluriofensivo Molina Arrubla sostiene: “Si con la concusión se ofenden varios bienes jurídicos, como son la administración pública en primer término, la libertad en segundo lugar y el patrimonio económico, tendremos que colegir que pueden ser dos los sujetos pasivos de este comportamiento: la administración y el agredido que por lo general es un particular.”¹²

evento deberá recibir el tratamiento punitivo previsto en el inciso final del artículo 30 del código penal.

¹¹ Así Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *ibíd.* p.299; Erleams de Jesús Peña Ossa, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, 2005, p.142; Francisco José Ferreira Delgado, *Derecho Penal, Especial*, cit., p. 335 También Saúl Uribe *Delitos contra la administración pública*, cit. p. 304 quien explícitamente señala que “también puede ser sujeto pasivo de esta conducta, la persona que es objeto del constreñimiento, inducción o solicitud”;

¹² Carlos Mario Molina Arrubla, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Editorial Leyer, 2003, p.222

2.4. *Objeto material*: Para Molina Arrubla¹³, es de carácter personal, como que está representado por la persona sobre la cual recae la conducta ejecutiva propia del constreñimiento, esto es, como opina Gómez Méndez¹⁴, está constituido por la persona a quien se le hace la exigencia o la solicitud o a quien se induce a la entrega no debida.

2.5. *Verbos rectores*: La concusión es un tipo penal de conducta alternativa que se tipifica con la realización de uno cualquiera de los tres verbos rectores que componen la descripción típica, a saber: constreñir, inducir o solicitar.

2.5.1. *Constreñir* implica obligar o ejercer presión sobre alguien con una finalidad determinada. Gómez Méndez y Gómez Pavajeau¹⁵, citando a Bernal Pinzón explican: “el constreñimiento que es elemento constitutivo de la concusión, presupone un determinado resultado de naturaleza psicológica, que no puede ser otro que el de coartar la libertad de voluntad pero sin eliminarla. Porque en el actuar del sujeto constreñido hay una voluntad viciada por la coacción, pero hay una voluntad. Por ello el constreñimiento físico que elimina la voluntad no puede tomarse como elemento de la concusión”.

Uribe García explica, acertadamente: “...constreñir significa, según el diccionario de la Real Academia, compeler por medio de violencia, moral o física para que se haga o ejecute algo. En el caso de la concusión, se debe entender que se compele a alguien para que dé o prometa dar al servidor público o a un tercero el dinero o la utilidad indebidos”¹⁶

Precisa el mismo autor: “El constreñimiento en la concusión puede presentarse, y generalmente es así, mediante asedio, amenaza de no lograr lo que pretende el Administrado frente a la Administración Pública o el apremio, y puede presentarse de manera verbal o a través de gestos o

¹³ Carlos Mario Molina Arrubla, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Editorial Leyer, 2003, p.232.

¹⁴ Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Pág. 75.

¹⁵ Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, pág. 300.

¹⁶ Saúl Uribe García, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 307

de cualquier otra manera que indiquen al administrado que debe ceder ante la pretensión explícita o implícita del servidor público”¹⁷

Y además advierte: “Se distingue el constreñimiento propio de la concusión, con el constreñimiento propio de otras conductas ilícitas, tales como el constreñimiento ilegal y la extorsión. En la primera, se pretende obtener dinero o cualquiera otra utilidad indebidos, el sujeto activo es un servidor público y se atenta contra el bien jurídico protegido administración pública. En la segunda se pretende obtener algo, el sujeto activo es un servidor público y se atenta contra el patrimonio económico como bien jurídico protegido.”¹⁸

Por su parte Peña Ossa pone de presente que el constreñimiento “lleva ínsita la violencia, generalmente moral o amenaza, por manera que la concusión es sustancialmente una extorsión llevada a cabo por servidor público”¹⁹

Para Molina Arrubla, constreñir “significa compeler por medio de violencia moral, para obtener una ganancia delictuosa. En este caso la voluntad del perjudicado con la exacción es vencida abiertamente por el interés del concusionario: cede aquel por el temor a la autoridad que representa.”²⁰

Para Ferreira Delgado, “quien hable de constreñir emplea voz sinónima a la violencia, y esta puede dirigirse a la persona misma, en su físico o en su psicología.”²¹

Para Antonio José Cancino, constreñir, “significa tanto como obligar, empujar por fuerza a alguno a que haga una cosa. No es necesario que se trate de una coacción absoluta: basta que el sujeto activo (sic)²², sea puesto por el agente en condiciones de tener que adherir a la voluntad del funcionario público para evitar un mal peor, *aunque no se excluya para él*

¹⁷ Saúl Uribe García, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., pág. 305

¹⁸ Ibid. p.305

¹⁹ Erleans de Jesús Peña Ossa, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p.144

²⁰ Carlos Mario Molina Arrubla, *Delitos contra la Administración Pública*, cit. Pág. 233.

²¹ Francisco José Ferreira Delgado, *Derecho Penal, Especial*, cit., p. 338

²² Error del autor, pues se refiere es al sujeto pasivo.

la posibilidad de resistirla. De lo anterior se concluye – dice – que el constreñimiento puede ser verbal, real o simplemente simbólico. Puede consistir en simples palabras, actitudes, posturas, etc. La ley no dice de qué modo se debe constreñir al sujeto pasivo”²³.

Al respecto debo agregar, que teniendo en cuenta la configuración del injusto, incurre en error el autor cuando se refiere al sujeto activo. Es el sujeto pasivo, es el Estado, como titular del bien jurídico de la Administración Pública; aun teniendo en cuenta que también pueden existir otras personas naturales, pero no en calidad de sujetos pasivos sino en calidad de perjudicados, de afectados con la conducta.

2.5.2. *Inducir*: Significa convencer o persuadir a alguien. Con relación a este verbo rector, Gómez Méndez y Gómez Pavajeau²⁴, citando a Ranieri, indican: “...se tiene la inducción cuando el funcionario público suscita en el sujeto pasivo, sin constreñimiento o amenaza, motivos que lo determinan o persuaden eficazmente a dar o prometer dinero o cosas no debidas (concusión fraudulenta): por ejemplo, hay concusión aun en el caso de que sea el sujeto pasivo el que ofrezca dinero o cosas indebidas a causa del constreñimiento o de la inducción del funcionario público.”

Uribe García, explica que el segundo verbo rector de la concusión, esto es, *inducir*, según el diccionario de la Real Academia Española, significa: “...instigar, persuadir, mover a alguien. Para el caso de la concusión es llevar a alguien, mediante el engaño, el artificio, la mentira, la sugerencia, la insinuación, para que dé o prometa dar la utilidad o dinero indebidos. Ya no se constriñe, sino que de una manera subrepticia se mueve la voluntad de alguien para que dé o prometa dar utilidad o dinero indebidos”²⁵

Según Molina Arrubla, inducir, significa:

²³ Antonio José Cancino, *El Delito de Concusión en el nuevo Código Penal Colombiano*, cit., pág. 120-121

²⁴ Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la Administración Pública*, cit. pp.300-301.

²⁵ Saúl Uribe García *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p.305.

“...llevar a alguien a algo si se quiere de manera subrepticia, soterrada y lo que es más aun en contra de la voluntad del sujeto pasivo de la acción. Es la creación de una idea generalmente engañosa y errónea de que debe hacer tolerar u omitir algo (...) ANTOLISEI explica que “es un término más amplio que constreñir pues comprende todo comportamiento que tenga como resultado determinar al paciente a una cierta conducta. Opera sin duda el engaño sea en la forma más grave de artificios o engaños sea en forma de simple mentira. Pero también la exhortación y el consejo pueden bastar con tal de que en la aceptación haya influido la posición de superioridad del funcionario, al igual con medios persuasivos o amistosos o con sugerencias o insinuaciones sino también engendrando error en la víctima.””²⁶

Peña Ossa por su parte, opina que inducir “significa persuadir, seducir o convencer, en este caso a dar o prometer una utilidad que por ser indebida envuelve la idea de engaño” y citando a Maggiori pone de presente que “este acto (...) supone todo un *clímax*, que va desde la simple persuasión hasta la sugestión, el engaño y el fraude más o menos capcioso.”²⁷

Según Ferreira Delgado, “si es algo que debe diferenciarse de constreñir, y si es algo parecido a persuadir, no puede significar otra cosa que mover a la víctima a que entregue u ofrezca la dádiva, creyéndolo conveniente o prudente, por error en que lo hará caer el agente concusionario.”²⁸

Para Antonio José Cancino:

“constreñir significa tanto como obligar, empujar por fuerza a alguno a que haga una cosa. No es necesario que se trate de una coacción absoluta: basta que el sujeto activo sea puesto por el agente en condiciones de tener que adherir a la voluntad del servidor público para evitar un mal peor, aunque no se excluya para él la posibilidad de resistirla. De lo anterior se concluye que el

²⁶ Carlos Mario, Molina Arrubla, *Delitos contra la Administración Pública*, cit. p.236

²⁷ Erleans de Jesús, Peña Ossa, *Delitos contra la Administración Pública*, cit.,p.144

²⁸ Francisco José Ferreira Delgado, *Derecho Penal Especial*, cit. p. 339

constreñimiento puede ser verbal, real o simplemente simbólico. Puede consistir en simples palabras, actitudes, posturas, etc. La ley no dice de qué modo se debe constreñir.”²⁹

2.5.3. *Solicitar*: es el otro verbo rector que significa “pedir sin desplegar amenazas”³⁰.

Peña Ossa, afirma que:

“solicitar –como es de elemental conocimiento- equivale a pedir, pretender, peticionar o requerir. No sobraría recalcar que al igual que los dos anteriores medios empleados por el concusionario, la solicitud debe hacerse abusando del cargo o de las funciones. Quiso el legislador evitar la impunidad de aquellos frecuentes casos en que no apareciendo de modo expreso el constreñimiento o la inducción, sí surge de bulto el abuso de la investidura o de las atribuciones o competencias, buscando crear en la víctima el efecto intimidante del temor al poder público que suscita el concusionario. No importa que la solicitud se disfraze de préstamo de dinero, por ejemplo, si en tal evento el servidor público realiza la conducta aprovechando su condición de tal”

(...) “Creemos con Luis Carlos Pérez que junto con la inducción, la solicitud realiza la concusión implícita, pues el servidor público que acude a esta tercera y última acción, oculta de ordinario la arbitrariedad de su comportamiento con las buenas maneras, alegando, v. gr., una necesidad del mismo o de sus allegados que, a veces, es un medio más efectivo para obtener la utilidad no debida”³¹

Molina Arrubla considera que solicitar:

²⁹ Antonio José Cancino, *Delitos contra la administración pública*, cit. p. 120.

³⁰ Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la Administración Pública*, cit. p.301

³¹ Erleans de Jesús, Peña Ossa, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., pp.144-145.

“equivale a pedir, requerir, de tal suerte que el legislador elevó a categoría de delito el comportamiento del empleado oficial que abusando de su cargo o de sus funciones solicita sin coacciones, inducciones, engaños, a una persona que le dé o le prometa dinero o utilidades. Éste es un punto fundamental, a saber, que tal petición o requerimiento, configurante de la solicitud como conducta ejecutiva propia de la concusión se fundamente en el abuso del cargo o de la función toda vez que es claro que si el servidor público esta implorando la caridad cristiana, no comete concusión al pedir algo.”³²

Para Uribe García: “...solicitar, según el diccionario de la Real Academia, es pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado. También, pedir algo de manera respetuosa, o rellenando una solicitud o instancia. En la concusión, el servidor público ya no constriñe ni utiliza maniobras para inducir, sino que, de manera “muy respetuosa” realiza la solicitud de manera directa a alguien que dé o prometa dar la utilidad o dinero indebidos.”³³

Sobre el verbo solicitar también se pronuncia Ferreira Delgado indicando que solicitar equivale a “urgir, respecto de la voluntad de quien dará o se espera que de, u ofrecerá, o se espera que lo hará, sin apremios, ni constreñimiento alguno, ni menos con engaño.”³⁴

Cabe anotar, como lo hace Molina Arrubla que el verbo solicitar resulta un tanto extraño para ser utilizado como forma autónoma de concusión. En efecto, solicitar implica pretender, pedir, buscar una cosa con diligencia o cuidado resulta difícil encontrar casos en los que se pueda hacer una solicitud sin que a la vez aparezcan directa o indirectamente el constreñimiento o la inducción, así sean implícitos. No se trata obviamente de una mera solicitud, sino de un pedimento acompañado de abuso del cargo o de la función y ese abuso de por sí, ya implica, la casi necesaria posibilidad de un constreñimiento, de una situación incómoda,

³² Carlos Mario, Molina Arrubla, *Delitos contra la Administración Pública*, cit. p.238.

³³ Saúl Uribe García *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p.306.

³⁴ Francisco José Ferreira Delgado, *Derecho Penal Especial*, cit. p. 341.

de una coacción de un particular, frente a los encargados de la administración.³⁵

Por último, y en relación con los tres verbos alternativos que se acaban de comentar, resulta importante destacar lo señalado Peña Ossa cuando recuerda que:

La distinción entre constreñimiento y la inducción, que han sido los medios tradicionales empleados por el concusionario, dio lugar a clasificar la concusión en *explícita* o *manifiesta* y la *implícita* u *oculta*. Ya Carrara discernía entre una y otra con estas palabras:

Es *explícita* cuando el funcionario amenaza con un gesto de poder que le mismo reconoce injusto, como el que amenaza con arresto o con orden de comparecencia, si no le da dinero. Y es *implícita* si el funcionario le hace creer al particular que le toca pagar lo que en realidad no debe, como cuando el recaudador aumenta las cifras de los cobros de su impuesto, o un secretario, un registrador u otros cobraron un impuesto indebido o superior al debido”³⁶

2.6. Abuso del cargo o de la función

Sobre este tópico Peña Ossa sostiene: “El representante de la administración pública abusa de la función cuando desborda o restringe indebidamente sus límites, o la utiliza con fines protervos; y abusa del cargo, cuando se aprovecha, también de modo indebido, de la vinculación que pueda tener con una situación determinada que no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones”³⁷

³⁵ Cfr. Molina Arrubla, *Delitos contra la administración*, cit. p.238, quien al respecto sostiene: “Por ello frente a la redacción que actualmente observa la norma en comento, puede decirse que la solicitud, en cuanto forma ejecutiva propia de la concusión, puede ser tanto un ejemplo de la modalidad implícita como de la variante explícita, habida cuenta que ello dependerá de las condiciones y circunstancias objetivo-subjetivas bajo o dentro de las cuales se formule la solicitud (pudiendo, entonces, como se ha dicho, identificarse con el constreñir, en la primera forma; y con la inducción, en la segunda, siendo éste, exactamente, el sentido de la crítica aquí consignada)

³⁶ Erleans Peña Ossa, *Delitos contra la Administración Pública*, cit. p.145

³⁷ Ibid. p.143

Gómez Méndez y Gómez Pavajeau: “En el fondo el delito de concusión es una modalidad de abuso de autoridad. No basta entonces la calidad de servidor público, sino que es necesario el *abuso*, que puede referirse tanto al *cargo* como a la *función*” (...) En el abuso del cargo el agente, prevalido de su investidura, constriñe o induce a alguien a algo. (...) Por esta razón no es necesario que al cometer el hecho el agente se encuentre en ejercicio de sus funciones. En este orden de ideas puede cometer el delito el empleado que invoca tal calidad, aun cuando se encuentre en uso de licencia o permiso (...) También puede cometer el delito el servidor público aun cuando se encuentre fuera de su “ámbito territorial” de competencia.”³⁸

De acuerdo con Uribe García:

“Se abusa de la función cuando el servidor público realiza las funciones que le competen bien por ley o reglamento, es decir que es competente para tramitar, resolver o definir, lo que la persona que es constreñida inducida o solicitada, tiene sometida a la decisión de la administración pública; y, se abusa del cargo, cuando el servidor público que, prevalido de su investidura sin tener competencia para tramitar, resolver o definir, constriñe, induce o solicita”³⁹

Molina Arrubla:

“Pero no basta con que ostente esta calidad de servidor público para que una persona alcance el rango de sujeto activo de esta infracción, es necesario que constriña al sujeto pasivo de una manera específica, vale decir abusando de su cargo o de su función y no exige una forma especial particular o condicionada de materialización. La calidad de servidor público debe ser verdadera, pues de no ser así, estaríamos en presencia de un atentado contra la libertad como en el caso del constreñimiento ilegal o al patrimonio como en la extorsión. La calidad de servidor público debe ser actual, esto es existir al momento de la materialización de la conducta

³⁸ Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, cit. pp.296-297

³⁹ Saúl Uribe García *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p.306.

porque de no ser así no podría ser jurídicamente posible que se abuse de una condición que no se tiene. Contrario sería que el sujeto activo simule la condición de funcionario o de empleado, pues de ser así y lograr una ventaja indebida mediante amenaza, estaríamos en presencia como lo dije anteriormente de otro delito.”⁴⁰

Antonio José Cancino⁴¹ por su parte, considera que “para su tipificación es necesario que el sujeto activo realice su conducta con abuso de sus funciones específicas o cuando abusa del cargo, simplemente, aunque no esté abusando de la funcionalidad concreta”.

Y continúa, “el significado jurídico y la importancia de estas dos expresiones encuentran una plena explicación en las palabras del proponente Cárdenas (en la comisión redactora del código penal de 1936) cuando afirmó: “el artículo se dice *cargo o función*”; porque puede suceder que el abuso cometido por el funcionario no sea en ejercicio de las funciones que le son adscritas por la ley, sino que el abuso se refiera únicamente al cargo de que está investido: v. gr., el alcalde que obliga a un ciudadano a que le entregue víveres de su cosecha, o el mismo funcionario que, alegando su cargo, trate de eludir un pago del transporte de una empresa ferroviaria estatal o particular.”⁴²

Ferreira Delgado considera que el abuso del cargo implica una arbitrariedad “por cuanto el acto extralimitado es el que se indica” y con el abuso de la función se habla de una injusticia, puesto que se refiere al abuso funcional.⁴³

2.7. Miedo a la potestad o a la autoridad (*metus publicae potestatis*)

Existe unanimidad en la doctrina nacional consultada en el sentido en que, en la víctima debe presentarse el miedo a la potestad, así Gómez Mendez⁴⁴, Uribe García⁴⁵, Ferreira Delgado⁴⁶, Cancino Moreno⁴⁷, Molina Arrubla⁴⁸ y Peña Ossa⁴⁹.

⁴⁰ Carlos Mario, Molina Arrubla, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, cit., p. 222.

⁴¹ Antonio José Cancino, *delitos contra la administración pública*, p. 118

⁴² *Ibíd.*, p.118

⁴³ Francisco José Ferreira Delgado, *Derecho Penal Especial*, cit. p. 336

⁴⁴ Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la Administración Pública*, cit. p.259

Este último, por ejemplo, se refiere de la siguiente forma a este tópico:

Teniendo en cuenta el objeto específico de la tutela penal, la naturaleza de los verbos rectores –constreñir, inducir o solicitar- y que la obtención de la utilidad indebida es tan sólo un ingrediente subjetivo, la concusión se consuma cuando el servidor público hace la exigencia de la utilidad indebida, la solicita u obtiene la promesa en tal sentido, con aptitud para suscitar en la víctima el *metus publicae potestatis* o miedo a al poder público que encarna, momento en el cual se vulneran valores que deben imperar en el servicio estatal...⁵⁰

El miedo a la potestad pública, juega un papel muy importante en la configuración del injusto porque es la frontera que marca o delimita la diferencia entre el delito tentado del consumado; en efecto, cuando esa solicitud o entrega de dinero, no logra infundir en la víctima ese temor, estaríamos en presencia de un delito tentado, si se dan los demás elementos propios de esta forma imperfecta de ejecución el delito, o bien, de una conducta atípica, según el caso. Contrario ocurre cuando el particular para librarse de ese mal se dispone a cumplir con la solicitud o exigencia, por el miedo a sufrir algún perjuicio, caso en el cual el resultado psicológico, predicable de en la víctima se habrá producido y por tanto el delito se habrá consumado.

Sobre lo anterior, Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, consideran que “es la investidura, en cuanto despierta cierto temor en los asociados (*metus publica potestatis*), lo que hace posible la ejecución del delito cuando se usan las funciones para fines distintos de los señalados en la ley, esto es, cuando se abusa de ellas. El delito que se deja mencionado está constituido por una particular modalidad de ofensa a la administración pública al cometer la cual los funcionarios públicos,

⁴⁵ Saúl Uribe García *Delitos contra la Administración Pública*, cit., pp. 306-307

⁴⁶ Francisco José Ferreira Delgado, *Derecho Penal, Especial*, cit. pp.339, 341 y 36-347

⁴⁷ Antonio José Cancino, “Delitos contra la Administración Pública” en AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, cit. p.120, no obstante se aclara que el autor no se refiere expresamente al *metus potestatis* pero parece sugerirlo cuando afirma que “es necesario que el funcionario “aparezca como representante de la autoridad”

⁴⁸ Carlos Mario, Molina Arrubla, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, cit., pp.220-236

⁴⁹ Erleans Peña Ossa, *Delitos contra la Administración Pública*, cit. p.147-148

⁵⁰ Ibid. pp.147-148.

empleados o transitoriamente encargados de un servicio público están faltando a los deberes para con ella.”⁵¹

Es que el delito de concusión pudiéramos verlo como una extorsión por parte de quien se encuentra en el poder y, abusando de su cargo o de su función, provoca la víctima el temor para hacerla ceder ante sus ilícitas pretensiones. Por eso el objeto de reproche y la sanción de la ley es la indebida utilización de la preeminencia por estar en ese cargo público y por el poder intimidante, que de su abusiva manifestación resulta para demandar de otro, lo que no se debe. Es, en síntesis, lo que nos lleva a plantear que se trata de un delito de resultado psicológico, y ese tal resultado, es precisamente el *miedo* que se genera en la víctima.⁵²

La ejecución de la conducta concusionaria en cualquiera de sus formas de ejecución, es decir constreñir, inducir o solicitar, se requiere que exista el “*metus publicae potestatis*”, que significa temor al poder público o miedo al poder público. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, se ha ocupado de la exigencia del elemento subjetivo, que conduce al sometimiento de la voluntad de la víctima a las pretensiones del agente corrupto del Estado.⁵³

Erleans de Jesús Peña Ossa, en cuanto al abuso, manifiesta que “no se requiere que el servidor público abuse de funciones específicas para la configuración del punible en análisis, pues basta que se valga de la propia cualidad de servidor público para constreñir o inducir a la víctima a la dación o a la promesa indebida, o para solicitarla, como tampoco es necesario – ha dicho la Corte Suprema de Justicia – que actúe dentro del ámbito territorial donde ejerce las mismas, toda vez que por fuera de esos límites el servidor público conserva su investidura, y aunque en tal evento, sus actos pueden ser afectados de irregularidad y aun de nulidad, de todas maneras es un agente del Estado y representa la administración pública, que como tal lo hace capaz de producir en la víctima el mencionado efecto *metus publicae potestatis*, ”⁵⁴ .

⁵¹ Alfonso Gómez Méndez/Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Delitos contra la Administración Pública*, cit. p. 257

⁵² Carlos Mario, Molina Arrubla, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, cit., p.246

⁵³ Véanse entre otras las sentencias de la Corte Suprema de Justicia radicados: 24329 del 8 de julio de 2007, M.P. Mauro Solarte Portilla y 11136 del 3 de diciembre de 1999, M.P. Jorge Aníbal Gómez.

⁵⁴ Erleans Peña Ossa, *Delitos contra la Administración Pública*, cit. pag.143

Es pues, el poder del funcionario, la fuerza de la investidura la que se utiliza indebidamente para presionar al ciudadano a que entregue aquello que no debe y para satisfacer el ánimo de lucro del empleado. Por eso se dice, que con esta figura penal se procura poner barreras a la codicia, cuando esta unida al poder.

¿Qué calificación debe recibir la conducta del sujeto activo en los casos en los que no se presente el resultado psicológico, esto es, el miedo en la víctima?

Pues bien, si tenemos el caso del sujeto que ha desplegado todas las actuaciones tendientes a lograr la *inducción* o el *constreñimiento*, o bien ha formulado la indebida *solicitud* y el sujeto pasivo, no experimenta ese miedo y se niega rotundamente ante la exigencia, habrá de decirse, siendo coherentes que en tal evento, estaremos en presencia de una *tentativa de concusión*, en la medida en que el resultado, esto es, el miedo, la consecuente disposición del sujeto pasivo a ceder ante la exigencia indebida, no se hubiere presentado, por razones ajenas a la voluntad del sujeto activo de la conducta.

Porque si el miedo a esa condición de servidor público se halla ausente, el delito no alcanza su configuración, ni siquiera al grado de tentativa, es decir, se configuraría un evento de atipicidad relativa, por ausencia de uno de los elementos constitutivos del tipo, por cuanto que el delito se consuma al constreñir, inducir o solicitar el dinero o la utilidad indebidos en beneficio del funcionario público, independientemente, de que la especie (dinero o utilidad) entre en la esfera de custodia del servidor público o de un tercero.

2.8. Otros elementos de la tipicidad

En cuanto a otros elementos de la tipicidad conviene señalar en primer lugar que se trata de un delito doloso y que dado el sistema de *numerus clausus* en materia de culpa en Colombia, no admite la modalidad culposa.

Por otro lado, el constreñimiento, la inducción o la solicitud deben estar orientados a que el sujeto prometa o de dinero o cualquier otra utilidad. Sobre este aspecto existe relativa unanimidad en la doctrina en cuanto a que la expresión “*cualquier otra utilidad*” permite incluir beneficios o satisfacciones de cualquier índole que no necesariamente podrán ser avaluables en dinero.⁵⁵

⁵⁵ Francisco José Ferreira Delgado, *Derecho Penal, Especial*, cit.343

II. El delito de concusión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Especial referencia al *metus publicae potestatis*

1. Consideraciones generales

Según la Corte Suprema de Justicia el delito de concusión que describe el artículo 404 del nuevo código penal (anterior artículo 21 de la ley 190 de 1995) puede ser cometido por el servidor público cuando, abusando de su cargo o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o bien, los solicita.⁵⁶

Según sentencia de la Corte Suprema de Justicia los elementos estructuran el tipo penal de concusión, son los siguientes:

*a) Sujeto activo calificado: servidor público; b) Abuso del cargo o de las funciones; c) Empleo de actos de constreñimiento, inducción o de solicitud; d) Entrega o promesa indebidas de dinero u otra utilidad hechas al funcionario o a un tercero; e) Nexos causal entre el acto del funcionario y la promesa de dar o la entrega de dinero o utilidad indebidos.*⁵⁷

Cada uno de los anteriores elementos ha sido explicado por la mencionada corporación en los siguientes términos⁵⁸:

⁵⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 18056 del 10 de septiembre de 2003, MP. Mauro Solarte Portilla.

⁵⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 16319 del 11 de febrero de 2003, MP Marina Pulido de Barón.

⁵⁸ *Ibid.* La anterior caracterización de la concusión, aunque refiriéndose solo a algunos de los elementos que integran el tipo penal, ha sido reiterada por la Corte Suprema, en distintas providencias, entre las cuales se destacan: Sentencia 18056 del 10 de Septiembre de 2003, M.P. Mauro Solarte Portilla; Sentencia 21956 del 3 de Noviembre de 2004, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; Sentencia 21961 del 22 de Septiembre de 2004, M.P. Herman Galán Castellanos; Sentencia 23732 del 7 de marzo de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz; Sentencia 32198 del 5 de mayo de 2010, M.P. Yesid Ramírez Bastidas; Sentencia 29934 del 18 de agosto de 2010 M.P. Javier Zapata Ortiz.

En un somero análisis de la figura, que ha de servir de marco conceptual a la decisión que debe adoptar la Sala en este asunto, resulta necesario realizar algunas precisiones sobre los anteriores elementos del tipo.

En primer lugar, en orden a la estructuración de la figura no basta la simple calidad de servidor público, sino que es necesario también el abuso, que puede referirse tanto al cargo como a la función.

Se trata, como ha venido juzgando esta Sala, de situaciones que son de suyo, diferentes. Se abusa de la función cuando se desbordan o restringen indebidamente sus límites o se utiliza con fines protervos; y se abusa del cargo, cuando se aprovecha de modo indebido la vinculación que éste pueda tener con una situación concreta que el empleado no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones.

En el abuso del cargo, es indispensable que en el momento de la comisión del hecho, el sujeto activo haga sobresalir ilícitamente, la calidad pública de que está investido.⁵⁹

Sobre el alcance de los verbos rectores el constreñir, inducir o solicitar, ha dicho la Corte Suprema:

...el constreñimiento, se configura cuando se utilizan medios claramente coactivos que vencen el consentimiento del sujeto pasivo, o se amenaza abiertamente con un acto de poder. En la inducción, de su parte, el resultado se alcanza mediante un exceso de autoridad que va latente u oculto, en forma sutil, con un habilidoso abuso de funciones o del cargo, de suerte que el sujeto pasivo se siente intimidado y teme que si no hace u omite lo que el funcionario pretende, pueda devenir un perjuicio en su contra.

El código penal de 1980, como se sabe, introdujo la última variante de realización de la concusión en su artículo 140, a través de la mera solicitud, que la actual codificación (artículo 404 de la ley 599 de 2000) mantuvo inalterable.

⁵⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 16319 del 11 de febrero de 2003, MP Marina Pulido de Barón.

Se trata de la solicitud de dinero o cualquier otra utilidad, expresamente manifestada.

En otras palabras, se elevó a la categoría de delito el comportamiento del servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones, solicita a una persona, sin acudir a la violencia o al engaño, que le dé o prometa dinero o cualquiera otra utilidad.

Dicha solicitud debe ser inequívoca, pues no toda expresión o comportamiento del funcionario pueden ser tomados como delictuosos. No debe quedar duda, por decirlo de otra forma, acerca de la pretensión del funcionario de poner en venta su propia función o cargo mediante el ofrecimiento directo, y sin necesidad de acudir al ardid o a las amenazas.

De otro lado, y en relación con el *metus publicae potestatis*, la Corte Suprema da a entender que el miedo es un resultado que debe estar presente en la víctima, para que pueda configurarse el delito de concusión, sin embargo, como se verá más adelante, la Corte no le da el alcance que a nuestro juicio debería tener, ese miedo como un resultado psicológico del delito. Ha dicho la Corte sobre el *metus*:

...tratándose de una cualquiera de dichas formas de exteriorizar la exigencia, debe permanecer subyacente el denominado *metus publicae potestatis* como elemento subjetivo predicable de la víctima. De modo que, si la investidura carece de la capacidad de persuadirla, en el sentido de no llegar a comprender fácilmente que no tiene otra alternativa que ceder a la ilegal exacción o asumir los perjuicios derivados de su negativa, la conducta no alcanza configuración.

Este elemento estructurante y diferencial de la concusión, ha sido reconocido expresamente por la doctrina y jurisprudencia. Así, en providencias de esta Sala de septiembre 30 de 1980, julio 31 de 1984, marzo 19 de 1987, febrero 15 y julio 5 de 1989, y marzo 25 y octubre 8 de 1993, entre otros.

“De la comparación de estas descripciones típicas se colige, que en cualquiera de las modalidades concusionarias tiene que haber en el sujeto activo algo que pone de

presente que está usando de su autoridad para determinados fines reñidos con la función que desempeña suscitando en la víctima el ‘metus potestatis’ que lo hace plegarse a la voluntad del agente”, sostuvo la Sala en el pronunciamiento de febrero 15 de 1989 (M.P. Dr. Lizandro Martínez Zúñiga).

En la sentencia radicado 16319 de 2003⁶⁰ la Corte Suprema de Justicia, reitera la que ha sido la tradicional postura de esta corporación en relación con la estructura típica de del delito de concusión, y señala además, las dos modalidades de concusión que a su juicio pueden presentarse a saber, la *concusión implícita* y la *concusión explícita*:

Los verbos rectores constreñir o inducir son dos de las tres modalidades alternativas de la conducta constitutiva del delito de concusión; los mismos que contemplaba su antecedente, el artículo 156 del la ley 95 de 1936. Constreñir es “obligar”, “compeler por fuerza a alguien a que haga y ejecute alguna cosa”. Inducir es “persuadir”, “instigar”, según se lee en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Entonces, a partir de cada uno de tales vocablos, que describen acciones distintas, la de naturaleza activa, ha sido denominada concusión *explícita*; y a la de índole pasiva se le dado el nombre de concusión *implícita*. Así lo ha predicado tradicionalmente la Sala⁶¹

La primera se configura cuando se utilizan medios claramente coactivos que vencen el consentimiento del sujeto pasivo, cuando se amenaza abiertamente con un acto de poder. En la segunda, se consigue el resultado mediante un exceso de autoridad que va latente u oculto, en forma sutil, con un habilidoso abuso de funciones o del cargo, consecuente con la actividad de “inducir”. Sobre esta modalidad resulta oportuno recordar la siguiente cita:

“Aunque la ‘concusión implícita’ llamada así por cuanto el sujeto activo usa medios que, aparentemente, no envuelven coacción, los emplea en tal forma que el sujeto pasivo se siente intimidado y teme que si no hace u omite lo

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia Rad. 16319 del 11 de febrero de 2003, M.P., Marina Pulido de Barón.

⁶¹ Auto, septiembre 15 de 1955. Auto, febrero 14 de 1957 Cas. Abril 25 de 1956. Auto abril 31 de 1971. Sent. Julio 22 de 1972. M.P. Jesús Bernal Pinzón.

que el funcionario pretende pueda resultar un perjuicio en su contra” (sentencia oct. 8 de 1993. Rad. 7768. M.P., Juan Manuel Torres Fresneda).

Así las cosas, no se trata de que el proceso se hubiera adelantado por una conducta, la de concusión implícita y que luego se hubiera condenado por otra, la concusión por inducción, como lo asegura el impugnante. Como se dejó expuesto, aquella expresión compuesta corresponde a una denominación que la jurisprudencia y la doctrina han utilizado cuando se refieren a la concusión que se comete a través de inducción.

Como se puede apreciar en las providencias citadas, uno de los elementos que caracteriza a la concusión y que la diferencia de otras modalidades delictivas, particularmente del cohecho⁶², es el denominado *metus publicae potestatis* o miedo a la potestad o a la investidura, como un elemento subjetivo que ha de concurrir en la víctima, para que pueda configurarse el delito.

Este elemento “estructurante y diferencial”⁶³, de la concusión, viene a jugar un papel muy importante, al momento de delimitar, entre las fases de tentativa y consumación en el mencionado delito, aspecto del cual pasamos a ocuparnos a continuación.

⁶² El código penal colombiano prevé varias modalidades de cohecho así: Artículo 405. Cohecho propio. Servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión...”; Artículo 406. Cohecho impropio. El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión...” “El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión...”; Artículo 407. Cohecho por dar u ofrecer. El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión ...”

⁶³ Expresión utilizada por la Corte Suprema para referirse a este delito, en la sentencia 18056 del 10 de septiembre de 2003.

2. Especial referencia al *metus publicae potestatis* como criterio para diferenciar entre delito tentado y delito consumado

Tal como lo he anticipado, en mi opinión para que se configure el delito de concusión debe producirse en la víctima ese *miedo al poder público*, aspecto en el que no parecen existir desacuerdos ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, deberían entonces repararse en el hecho de que si el sujeto activo de la conducta ha realizado todos los actos tendientes a consumir el delito y no obstante ello, por razones ajenas a su voluntad, no logra doblegar la voluntad de la víctima, consideramos que estamos en presencia de una tentativa de concusión.

En efecto, el inciso primero del artículo 27 del código penal colombiano consagra la tentativa en los siguientes términos:

El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla.

De la lectura del inciso primero del artículo 27 del código penal puede decirse que consagra la modalidad de tentativa acabada⁶⁴. En el delito de concusión, es esta modalidad de tentativa la que precisamente presenta en aquellos casos en los que un servidor público, abusando de su cargo o de su función, realiza actos *idóneos e inequívocamente*⁶⁵ orientados *inducir, constreñir* con el fin de obtener dinero o

⁶⁴ Aunque también tiene cabida según autorizada doctrina la tentativa *simple o inacabada*, en tanto que se establece concordancia entre el artículo 27 inciso 1º y el artículo 61, inciso 4 que acoge como criterio para dosificar la pena “el mayor o menor *grado de aproximación al momento consumativo*”, véase, por todos, Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Comlibros, 2009, p. 966 y ss.

⁶⁵ Para un análisis de lo que se puede entender idoneidad e inequivocidad de los actos, véase Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit. pp. 964-965.

cualquier otra utilidad indebidos o directamente los *solicita* a la víctima, pero no logra con su actuación conmover a la víctima, ni despertar ese miedo que se deriva de su investidura, consideramos que el delito habrá quedado en el estadio de la tentativa.

Teniendo en cuenta que el miedo a la potestad, es un elemento subjetivo que debe concurrir en la víctima para que se configure el delito, es decir, es ese temor a la autoridad el que crea en la víctima un vínculo obligacional que lo lleva a concluir que debe dar o prometer lo exigido por ese servidor público, pero si tal efecto no se presenta en la víctima, insistimos, estaremos en el estadio de la tentativa.

Sobre el *metus publicae potestatis*, ha dicho la Corte Suprema que se trata de un elemento subjetivo que condiciona la configuración del tipo penal de concusión y que debe estar presente en la víctima, la cual ante el constreñimiento, la inducción o la solicitud que le haga el sujeto activo de la conducta, debe sentir ese miedo que la compele a ceder ante la ilícita pretensión del concusionario. El siguiente apartado de una de las providencias de la Corte Suprema sintetiza de manera precisa lo dicho:

“Es importante señalar finalmente que, en tratándose de una cualquiera de dichas formas de exteriorizar la exigencia, debe permanecer subyacente el denominado *metus publicae potestatis* como elemento subjetivo predicable de la víctima. De modo que, si la investidura carece de la capacidad de persuadirla, en el sentido de no llegar a comprender fácilmente que no tiene otra alternativa que ceder a la ilegal exacción o asumir los perjuicios derivados de su negativa, la conducta no alcanza configuración.”⁶⁶

En la misma providencia y sobre el mismo tópico, la Corte Suprema sostuvo:

En consecuencia, teniendo en cuenta las distintas modalidades de concusión “tiene que haber en el sujeto activo algo que pone de presente que está abusando de su autoridad para determinados fines reñidos con la función que desempeña suscitando en la víctima el ‘*metus potestatis*’ que lo hace plegarse a la voluntad del agente”.⁶⁷

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 18056 del 10 de septiembre de 2003, MP. Mauro Solarte Portilla.

⁶⁷ Ibid.

Así pues, la Corte Suprema ha sido reiterativa en exigir el *metus publicae potestatis* como “elemento subjetivo predicable de la víctima”⁶⁸ y ello se puede constatar, entre otras, además de las ya citadas, en las siguientes providencias: 24329 del 8 de julio de 2007, M.P. Mauro Solarte Portilla y 11136 del 3 de diciembre de 1999, M.P. Jorge Aníbal Gómez.

Como se puede apreciar por lo expuesto hasta el momento, ha sido uniforme el criterio según el cual este es un elemento indispensable a efecto que se configure la concusión, sin embargo, al momento de darle aplicación quizás no se le da el alcance que debería tener. En efecto, si tal como lo señalan la doctrina y la jurisprudencia colombianas en forma unánime, para que se configure el delito es menester de que la víctima sienta el miedo que se deriva de la investidura de quien le solicita, le induce o constriñe, resulta válido plantearse la siguiente pregunta:

¿Qué ocurre en el caso de que la víctima no sienta el miedo?

En aquellos casos en los que el sujeto activo del delito ha desplegado todas las actuaciones idóneas tendientes a lograr la *inducción* o el *constreñimiento*, o bien ha formulado la indebida *solicitud*, y el sujeto pasivo no experimenta ese miedo, y se niega rotundamente ante la ilícita pretensión del sujeto activo, considero que estaremos en presencia de una *tentativa de concusión*, en la medida en que el resultado, esto es, el miedo y la consecuente disposición del sujeto pasivo a ceder ante la indebida pretensión del concusionario, no se produjo por razones ajenas a la voluntad del sujeto activo de la conducta, no obstante que el sujeto haya utilizado un medio idóneo e inequívocamente dirigido a la consumación del delito.

No obstante, la Corte Suprema parece asumir una postura diferente al señalar:

“En este orden de ideas y como se enfatizara en precedente decisión jurisprudencial, si el “*metus*” (miedo a la condición del servidor público), se halla ausente, el delito no alcanza su configuración, ni siquiera al grado de tentativa, es decir, se configuraría un evento de atipicidad relativa, por ausencia de uno de los elementos constitutivos del tipo, por cuanto que el delito se consuma al constreñir, inducir o solicitar el dinero o la utilidad

⁶⁸ Ibid.

indebidos en beneficio del funcionario público, independientemente de que la especie (dinero o utilidad) entre en la esfera de custodia del servidor público o de un tercero.”⁶⁹

Y en la misma providencia:

“En este orden de ideas, el *“miedo”* se deriva de la solicitud indebida, realizada con abuso del cargo o de la función, lo cual entraña un acto arbitrario, que inculca en el destinatario de la exigencia, la obligación de dar o prometer dinero u otra prestación que legalmente ni debe ni tiene por qué prestar. No se requiere, es cierto, que la persona que recibe la insólita solicitud (que no necesariamente es la víctima de la exacción, como ocurre cuando el servidor público se vale de un intermediario o tercero para transmitir la petición ilícita) se someta finalmente a la voluntad del amedrentador, pues para la consumación de esta modalidad delictual basta con el impacto capaz e idóneo para viciar o alterar su voluntad por el desconcierto, la confusión, molestia o repudio dada la desventaja en que resulta colocada la persona que desea acceder a la justicia en condiciones de equidad, como ocurrió en este caso, en el que el doctor ORTIZ RUBIO, rechazó la pretensión corrupta, optando por transmitir su contrariedad a los procesados ANDRÉS CAMARGO y CARLOS ALBERTO TORRES ante la Fiscalía 202 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito, desvinculándose del proceso como su defensor, antes que desarraigarse de sus convicciones éticas y morales. Ese comportamiento de rechazo, naturalmente, reviste la importancia y relevancia penal, pues la formulación de la petición fue lo suficientemente idónea para conmover el espíritu del abogado, quien, como ya se dijo, repudió el comportamiento del servidor público.”⁷⁰

En otra providencia dijo la Corte:

Frente al punto planteado por el casacionista, resulta bueno recordar, como lo ha dicho la Corte y lo destaca el Tribunal: *“La concusión se consuma cuando*

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 21961 del 22 de septiembre de 2004, MP. Herman Galán Castellanos.

⁷⁰ *Ibíd.*

se abusa del poder o de las funciones inherentes a él, para doblegar la voluntad de quien no está obligado a dar o prometer lo que no debe, sea sutilmente, mediante amenazas o simplemente con la mera petición del provecho ilícito. Es en este instante en que se menoscaba la dignidad, moralidad, integridad, pulcritud, confiabilidad y transparencia de la administración pública cuyos valores deben imperar en las funciones y sus actos...”⁷¹

Con relación a los pronunciamientos que cavamos de citar, considero que si la Corte Suprema de Justicia, sostiene que para que se configure el delito debe producirse en la víctima ese *miedo a la potestad*, debería reparar en el hecho de que si el sujeto activo de la conducta ha realizado todos los actos tendientes a consumir el delito, y no obstante ello, por razones ajenas a su voluntad, no logra doblegar la voluntad de la víctima, debería ser consecuente con su tal punto de partida, y reconocer que en tal evento estamos en presencia de una tentativa de concusión.

Insisto, si la Corte Suprema reconoce de manera inequívoca, según creo haberlo demostrado con la respectivas citas jurisprudenciales, que el miedo al poder público es un elemento subjetivo –un resultado psicológico- predicable de la víctima, no parece claro porque no se le da el efecto que ello tiene en relación con la tentativa, esto es, que si el sujeto despliega los actos idóneos para provocar ese miedo y por motivos que le son ajenos no lo logra, el delito se habrá quedado en fase de tentativa.

Lo que en la práctica hace la Corte Suprema es oscilar entre dos extremos: o el delito consumado o la atipicidad de la conducta, sin detenerse en la fase “intermedia” de la tentativa, que por las razones expuestas es, en mi criterio, posible en este delito. Más aún en muchos casos, quizás el afán de no dejar en la impunidad el delito, lleva a presumir el miedo en casos en los que claramente puede sostenerse que el mismo estuvo ausente, como lo veremos en uno de los casos que más adelante se ilustrarán.

Téngase en cuenta que el inciso primero del artículo 27 del código penal, ya transcrito más arriba, del cual se puede inferir que consagra la modalidad de

⁷¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 21956 del 3 de noviembre de 2004, MP. Jorge Luis Quintero Milanés.

tentativa acabada⁷². Pues bien, en el delito de concusión, es esta modalidad de tentativa la que precisamente presenta en aquellos casos en los que un servidor público, abusando de su cargo o de su función, realiza actos *idóneos e inequívocamente*⁷³ orientados *inducir, constreñir* con el fin de obtener dinero o cualquier otra utilidad indebidos o directamente los *solicita* a la víctima, pero no logra con su actuación conmover a la víctima, ni despertar ese miedo que se deriva de su investidura.

Dos casos analizados por la Corte nos permiten ilustrar el punto de vista que en este trabajo se defiende, como se verá, en el primero es claro que subyace en a víctima ese miedo a la potestad (*caso Avianca vs Director Aeronáutica Civil*) y en el segundo, a diferencia de lo que la Corte Suprema apreció, creo que este es el supuesto en el cual el delito solo alcanzó el grado de tentativa (*caso Abdul Mustafá iza vs. Jorge Ortíz Rubio*).

Antes de analizar los casos, conviene hacer una consideración adicional, y que tiene que ver con la objeción que algunos podrán hacer en el sentido de que una tal interpretación es una forma de ampliar el ámbito de punibilidad del tipo. Sin embargo esta es una conclusión tan solo aparente, pues en realidad una interpretación como la que se propone en este trabajo busca, por un lado, ser consistente con el punto de partida que reconoce el miedo al poder público como un resultado psicológico que debe experimentar la víctima y por el otro, busca que en la práctica el ánimo, quizás incluso inconsciente de no dejar impune la conducta, lleva a que se *presuma* el miedo en casos en los que realmente no se produce y es de ello de lo que se ocupara el siguiente apartado, en el que trataré de fundamentar a partir del análisis de dos casos, los planteamientos que se han venido defendiendo.

⁷² Aunque también tiene cabida según autorizada doctrina la tentativa *simple o inacabada*, en tanto que se establece concordancia entre el artículo 27 inciso 1º y el artículo 61, inciso 4 que acoge como criterio para dosificar la pena “el mayor o menor *grado de aproximación al momento consumativo*”, véase, por todos, Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Comlibros, 2009, p. 966 y ss.

⁷³ Para un análisis de lo que se puede entender idoneidad e inequívocidad de los actos, véase Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit. pp. 964-965.

3. Casos

3.1. Caso Avianca vs Director Aeronáutica

Hechos

Según la Corte Suprema, el juzgador de segundo grado los reseñó así:

*“Por haber sido designado el doctor ÁLVARO DE JESÚS RAAD GÓMEZ como Director General de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, sus coterráneos de Cúcuta le organizaron un homenaje para el 27 de enero de 1995 y para el transporte de algunos invitados, se solicitó a AVIANCA más de 50 pasajes aéreos Bogotá- Cúcuta - Bogotá, los cuales fueron ordenados por el Presidente, GUSTAVO ALBERTO LENIS STEFFENS, quien sostiene que los suministró por petición del primero, y fueron utilizados 45 tiquetes”.*⁷⁴

Problema jurídico

Uno de los problemas jurídicos debatidos en el caso es de si el presidente de Avianca de esa época, Gustavo Alberto Lenis Steffens, había accedido a la solicitud de 50 pasajes por parte del director de la Aeronáutica Civil, Álvaro de Jesús Ruad Gómez, por miedo a la investidura que este último ostentaba en su condición de director de la máxima autoridad aeronáutica del país. Es decir, si el temor a las eventuales represalias que la aeronáutica pudiera tomar en contra de Avianca, el presidente de la misma habría accedido a la solicitud formulada por el mencionado servidor público.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 21956 del 3 de noviembre de 2004, MP. Jorge Luis Quintero Milanés.

Consideraciones de la Corte Suprema

Sobre este problema jurídico-probatorio la Corte hizo las siguientes consideraciones:⁷⁵

(Para) El defensor (...) no está demostrado que “*el obsequio de los pasajes... fue determinado por el ‘metus publicae potestatis’ en el Presidente de esa línea aérea GUSTAVO ALBERTO LENIS STEFFANS, y que ello se establece de su declaración como única prueba de los términos en que transcurrió la conversación en la cual se elevó la petición por el funcionario público*”.

(...)

En efecto, el actor parte de un supuesto sofístico, según el cual, la conducta atribuida al procesado fue haber presionado al Presidente de Avianca para que entregara unos pasajes, habida cuenta que el comportamiento imputado está referido al verbo solicitar.

De igual manera, el sentenciador de segundo grado analizó las expresiones hechas por el citado deponente en el transcurso de su intervención, concluyendo que éste accedió al pedido de los pasajes por cuanto el solicitante era el Director de la Aeronáutica Civil. Textualmente dijo el Tribunal:

“Se ha tomado la penúltima frase para señalar que no existió presión y que el Presidente de AVIANCA no se sintió así; pero al confrontar la palabra presión con la acepción respectiva del Diccionario de la Real Academia Española (fuerza o coacción que se hace sobre una persona o colectividad), se aprecia que no hay contradicción en lo manifestado porque no existió coacción o constreñimiento o una violencia que llevara a la persona a dar o prometer algo, pues se trató de una forma de concusión implícita que se presenta cuando el servidor público efectúa la solicitud.

“Por eso, el deponente se refería a que ÁLVARO DE JESÚS RAAD GÓMEZ pidió los pasajes, sin amenaza alguna, y al expresar que no dejó de considerar que era la máxima autoridad (aeronáutica) está haciendo clara referencia al metus publicae potestatis. Es decir, accedió a lo solicitado por provenir la petición de tal funcionario

⁷⁵ Ibid.

a quien le correspondía tomar decisiones sobre seguridad y tráfico aéreos, etc., campos en los cuales precisamente AVIANCA realizaba su objeto social.

“La AERONÁUTICA ya había afectado los intereses de AVIANCA con el otorgamiento de una ruta a AEROREPÚBLICA a ARUBA y CURAZAO y la negativa de autorizarle extender hasta 90 horas mensuales de vuelo a cada uno de los tripulantes durante 3 meses y estaba relativamente próximo el vencimiento del mutuo del puente aéreo, por los cuales era posible un perjuicio para la compañía en el evento de no suministrar los tiquetes, además en general el Director de la AERONÁUTICA CIVIL tenía facultades para tomar decisiones que incidirían en las entidades que prestaban el servicio de transporte de pasajeros o de carga, como ocurrió posteriormente con la protección ambiental (medidas para evitar el exceso de ruido). El temor a la potestad pública lo llevó a suministrar los pasajes, por eso dijo que así actuó por provenir la petición del ente rector, de su máximo dirigente, y si la entidad le hacía una solicitud él la cumplía”.

Nótese, que en los argumentos que en la misma sentencia⁷⁶ que se viene citando, se advierte que la Corte Suprema termina en alguna forma medida presumiendo el miedo, pues pareciera que solo bastará con constar que el servidor público abusando del cargo o de la función, a solicitado, constreñido o inducido a otro a darle algo no debido. Así lo explica la Corte:

Frente al punto planteado por el casacionista, resulta bueno recordar, como lo ha dicho la Corte y lo destaca el Tribunal “La concusión se consuma cuando se abusa del poder o de las funciones inherentes a él, para doblegar la voluntad de quien no está obligado a dar o prometer lo que no debe, sea sutilmente, mediante amenazas o simplemente con la mera petición del provecho ilícito. Es en este instante en que se menoscaba la dignidad, moralidad, integridad, pulcritud, confiabilidad y transparencia de la administración pública cuyos valores deben imperar en las funciones y sus actos.”⁷⁷

En otras palabras, la conducta punible de concusión también se presenta cuando el servidor público aprovechándose de su cargo - capacidad de persuasión- exige o solicita lo indebido (concusión implícita), es decir, el

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Sentencia del 22 de octubre de 1996. M. P. Dr., Fernando Arboleda Ripoll. Rad. 9579.

sujeto activo utiliza medios que en apariencia no envuelven coacción ni amenaza pero logran vencer la libertad de determinación, máxime cuando se tiene la función de vigilancia y control sobre las actividades de la víctima.

Ahora bien, contrario a lo afirmado por el censor, de las respuestas suministradas por el Presidente de Avianca, se avizora que él accedió al pedido de obsequio de los pasajes por tratarse del Director de la Aeronáutica Civil, evidenciándose de esta manera que la investidura del procesado fue la fuerza intimidativa para aquél. Veamos:

“Cuáles fueron las razones que determinaron el que Usted accediera a la petición efectuada por el señor Raad?... yo diría que uno accede a la petición porque viene del ente rector y él es el máximo funcionario de ese ente, yo más creo que quien tiene que tener claro qué puede pedir es él, cuando a mi me llega una petición de la aeronáutica yo la cumplo. No quiero dejar la impresión que hubo presión de él, no, pero no dejo de considerar que él es la máxima autoridad”.

En consecuencia, teniendo en cuenta las distintas modalidades de concusión *“tiene que haber en el sujeto activo algo que pone de presente que está usando de su autoridad para determinados fines reñidos con la función que desempeña suscitando en la víctima el ‘metus potestatis que lo hace plegarse a la voluntad del agente’”*.⁷⁸

Toma de postura

De los hechos narrados y el análisis que de los mismos hizo la Corte Suprema, resulta fácil deducir que en ese caso el presidente de Avianca si actuó impulsado por el *metus publicae potestatis* y en tales circunstancias el delito de concusión se consumó. Nótese que en el análisis la Corte Suprema tiene el cuidado de analizar en forma clara y precisa los fundamentos probatorios que le permitieron fundamentar la existencia de ese miedo a la potestad en la víctima, para poder predicar la existencia del delito en el caso concreto.

Cabría preguntarse entonces, si en el hipotético caso de que el presidente de Avianca no hubiera accedido a la solicitud y en cambio se hubiese abstenido de hacerlo sin entrar siquiera a considerar que el solicitante era precisamente el director de la autoridad aeronáutica: ¿cual habría sido la solución jurídica?

⁷⁸ Sentencia del 10 de septiembre de 2003. M.P. Dr. Mauro Solarte Portilla.

Creemos que lo lógico sería que se entendiera que el delito habría quedado en la fase de la tentativa ya que de parte del servidor público se habrían desplegado a los comportamientos idóneos e inequívocamente dirigidos a doblegar la voluntad de la víctima, pero por razones ajenas a su voluntad, el resultado no se habría producido.

Esta solución creemos que es dogmáticamente correcta y evita algo que intuimos que en la práctica se presenta, y es que para evitar la impunidad del delito, simplemente se presume en la mayoría de los casos que en la víctima se ha dado ese miedo a la potestad. Y veremos que hay casos en los cuales claramente se puede demostrar que no se da tal miedo y que por tanto lo que habrá de apreciarse es una tentativa, tal como pasamos a verlo en el caso siguiente.

3.2. Caso Abdul Mustafá Iza vs. Jorge Ortiz Rubio

Hechos

La Fiscalía 3ª Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., en la providencia acusatoria los sintetizó de la siguiente manera:

*“Por las diligencias instructivas se sabe que el objeto de la investigación descansa en establecer si en una fecha comprendida entre el 20 de junio y el 24 de julio de 2001 el doctor **ABDUL MUSTAFÁ IZA**, como Agente del Ministerio Público de la Fiscalía Seccional No. 202 adscrita a la Unidad Primera de Delitos contra la Administración Pública y de Justicia de esta ciudad, por esa data a cargo de la doctora OLGA MARÍA GUTIÉRREZ MARENCO, llamó por teléfono al doctor JORGE ORTIZ RUBIO quien defendía a los doctores ANDRÉS CAMARGO ARDILA y CARLOS ARTURO TORRES ESCALLÓN, Ex Director y Subdirector del IDU, en el sumario No. 411377 que tramitaba aquella Fiscalía, y utilizando un modo de hablar no explícito sino cifrado y velado le hizo entender, de una parte, que este caso se apreciaba delicado y complejo siendo probable que a ellos les dictaran resolución de detención y el expediente se enviara al Bunker a una Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública, y de otra, que ésta decisión se podía*

*impedir intermediando ante la instructora, previa cancelación de 40 o 60 millones de pesos.”*⁷⁹

Problema jurídico

En este caso la discusión se centra en determinar si el hecho de que el abogado defensor de los procesados que fue objeto de la indebida solicitud por parte del agente del Ministerio Público hubiese decidió renunciar a la defensa, antes que ceder ante la ilegal petición, puede dar lugar a que se entienda que el delito se quedó en la esfera de la tentativa por la ausencia del *metus publicae potestatis* como lo sostuvo el Tribunal Superior de Bogotá o si bien el delito se consumó como lo sostuvo la Corte Suprema.

Consideraciones de la Corte Suprema

A efecto de ilustrar la discusión y posteriormente fijar mi posición, transcribiré a los apartes de la sentencia que considero de interés para la discusión:⁸⁰

...en el caso que ocupa la atención de la Sala, la conducta ilícita que se le reprocha al procesado por “solicitar” dinero indebido, debe exhibir para que tenga relevancia penal, las siguientes características: en primer lugar, que la petición la haga un servidor público, que ésta sea idónea e inequívocamente dirigida a obtener un provecho o utilidad indebidos, ya para un tercero, ora en beneficio del servidor que hace la ilícita solicitud y, además, que el servidor público, al hacerla, abuse del cargo o de sus funciones.

(...)

En segundo lugar, considera la Sala que el efecto del denominado “*metus publicae potestatis*” debe estar cifrado ineludiblemente en las consecuencias que produce la solicitud corrupta del servidor público en el particular atendiendo su trascendencia y connotación, pues no otra consideración sugiere el significado de “*metus*” en relación con las condiciones de quien

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 21961 del 22 de septiembre de 2004, MP. Herman Galán Castellanos.

⁸⁰ Ibid.

con abuso de poder estremece la voluntad del sujeto en contra del cual se dirige, atendiendo las condiciones inherentes a la víctima, atendiendo su fortaleza o debilidad, ya que se trata de aquellos reatos en que se presenta una especial interacción entre el concusionario y el coaccionado. En este caso, no puede afirmarse como lo señaló el Tribunal, que la angustia del ánimo motivada por el “*metus*” estuvo ausente en el comportamiento del doctor JORGE ORTIZ RUBIO, pues, según consta en el proceso, es abogado y se desempeñó durante varios años como Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, condiciones que perfectamente le permitían conocer la naturaleza y magnitud de la solicitud que hacía **MUSTAFÁ IZA** originando en él, un sentimiento subjetivo de molestia y rechazo, que los reveló con las siguientes expresiones: “*yo no me sentí ni constreñido ni presionado, sino mas bien víctima de un absurdo hecho que no tenía sentido frente a mis convicciones éticas y morales*”.

(...)

No se requiere, es cierto, que la persona que recibe la insólita solicitud (que no necesariamente es la víctima de la exacción, como ocurre cuando el servidor público se vale de un intermediario o tercero para transmitir la petición ilícita) se someta finalmente a la voluntad del amedrentador, pues para la consumación de esta modalidad delictual basta con el impacto capaz e idóneo para viciar o alterar su voluntad por el desconcierto, la confusión, molestia o repudio dada la desventaja en que resulta colocada la persona que desea acceder a la justicia en condiciones de equidad, **como ocurrió en este caso, en el que el doctor ORTIZ RUBIO, rechazó la pretensión corrupta, optando por transmitir su contrariedad a los procesados ANDRÉS CAMARGO y CARLOS ALBERTO TORRES ante la Fiscalía 202 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito, desvinculándose del proceso como su defensor, antes que desarraigarse de sus convicciones éticas y morales.**

Ese comportamiento de rechazo, naturalmente, reviste la importancia y relevancia penal, pues la formulación de la petición fue lo suficientemente idónea para conmover el espíritu del abogado, quien, como ya se dijo, repudió el comportamiento del servidor público.

En efecto, la solicitud elevada por el agente del Ministerio Público **ABDUL MUSTAFÁ IZA**, es una expresión inequívoca y constitutiva de una petición indebida dada su investidura de servidor público, la cual estructura y consume el tipo de concusión, pues siendo este acontecimiento ilícito de mera conducta, es indiferente, como ya se dijo, que se produzca el acrecentamiento del patrimonio del servidor público con el consecuente deterioro de las finanzas de la víctima, lo cual conllevaría a un estado de agotamiento de la conducta sin que ésta sea la finalidad legislativa.

En este orden de ideas, es claro que la actividad de **MUSTAFÁ IZA** se consumó en el momento en que prevalido de su condición de servidor público al servicio de la Personaría de Bogotá D. C., abusando del cargo, solicitó dinero al abogado JORGE ORTIZ RUBIO, ofreciendo a cambio, su intermediación ante la Fiscalía 202 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá D. C., para favorecer a los procesados CAMARGO ARDILA y TORRES ESCALLÓN (...)

Adviértase, en efecto, que el sujeto activo realizó cuanto debía efectuar para cumplir con su cometido, esto es, solicitar dinero para atemperar los que para él constituían graves desventajas para los clientes del abogado ex accionado, por consiguiente recorrió el iter criminis indispensable para la consumación del delito. Con esta afirmación la Sala ha de precisar que si bien el delito de concusión es de carácter formal, **ello no descarta que pueda serlo de ejecución material y aun de tracto sucesivo, esto es, que se pueda consumir por etapas bien definidas, como actos de preparación, de ejecución y de consumación y, por consiguiente admita tentativa.**

Pese a lo dicho por la Corte Suprema en los párrafos precedentes, en los que pareciera que se inclinaría por apreciar la tentativa, termina por descartarla, con argumentos que en mi criterio lo que hacen es confundir el miedo con otro tipo de sentimientos o emociones como el desconcierto, la confusión, molestia o repudio, los cuales ciertamente pueden provocarse en la víctima, pero que no son equiparables al miedo que caracteriza la concusión.⁸¹

⁸¹Cfr. Ibíd.

Toma de postura

En primer lugar, conviene hacer una precisión de carácter dogmático en relación con el delito de concusión, el cual, según la Corte Suprema, es un “delito de mera conducta”. Los delitos de mera conducta (o de pura acción o de pura actividad) son aquellos en los cuales “la descripción se agota en una acción del autor que no requiere la producción de un resultado en el mundo exterior que sea separable espacio-temporalmente.”⁸² Si ello es así, la concusión no puede ser entendida como un delito de mera conducta, en tanto que en este delito, en cualquiera de sus tres modalidades (inducir, constreñir o solicitar), se requiere un resultado psicológico en la víctima, esto es, el miedo, que la lleve a sentirse compelida a ceder ante la ilegal actuación del servidor público, por tanto, en las tres modalidades, esto es en la de constreñir, inducir o solicitar, es posible separar espacio temporalmente la acción del sujeto activo del resultado, pues bien puede suceder, por ejemplo, que solo días después la víctima se percate del verdadero significado de la petición y pueda sentirse compelida a acceder a la misma, evento en el cual es evidente que entre la solicitud y la reacción de la víctima ha pasado un espacio de tiempo.

Más todavía, la propia Corte Suprema en la providencia que ahora se analiza, se contradice pues afirma que es delito de mera conducta, pero al mismo tiempo sostiene “que si bien el delito de concusión es de carácter formal, ello no descarta que pueda serlo de ejecución material y aun de tracto sucesivo, esto es, que se puede consumir por etapas bien definidas, como actos de preparación, de ejecución y de consumación y, por consiguiente admita tentativa.” (Subrayado y negrilla fuera del original)

Precisado lo anterior, y entrando a analizar el caso concreto, conviene recordar que la actitud del abogado que fue objeto de la solicitud por parte del agente del Ministerio Público, fue desde un comienzo una posición enhiesta que dejó traslucir que en ningún momento se sintió intimidado por la ilícita solicitud, sino que muy por el contrario, mantuvo incólumes su convicciones morales y éticas en el ejercicio de la profesión y prefirió denunciar el hecho y renunciar a la defensa, antes que considerar, siquiera remotamente, la posibilidad de acceder a la petición del concusionario.

⁸² Cfr. Fernando Velásquez Velásquez, Manual de Derecho Penal. Parte General, cit. p. 634.

Por ello consideramos que es al Tribunal al que le asiste razón cuando afirmó que el delito se había quedado en el ámbito de la tentativa, para lo cual tomó como soporte, precisamente el testimonio del abogado, que entre otras cosas señaló: “*yo no me sentí ni constreñido ni presionado, sino mas bien víctima de un absurdo hecho que no tenía sentido frente a mis convicciones éticas y morales.*”(Negrilla y cursiva fuera del original)

Ahora bien, la Corte Suprema consideró que el miedo se materializó en la molestia o el repudio expresado por el abogado frente a esa ilícita petición. Parece entonces que para la Corte Suprema el repudio es sinónimo de miedo y tal sentimiento de repudio es lo que da relevancia penal al comportamiento del agente del Ministerio Público.

Es cierto que el comportamiento del agente del Ministerio Público, consistente en hacer esa petición, abusando de su cargo, realizó un comportamiento relevante para el derecho penal. Pero en realidad el problema no es si el comportamiento es relevante penalmente, como en efecto creemos que lo es, sino si el delito alcanzó el grado de consumación o si no llegó a esa etapa del *iter criminis*.

Por las razones que hemos explicado, el mero repudio, o el malestar o la incomodidad de la víctima no pueden asimilarse al miedo, este si un sentimiento capaz de doblegar la voluntad de la víctima. Pues por el contrario, el repudio, como ocurrió en el caso concreto, en vez de doblegar a la víctima, la hizo erguirse en defensa de sus convicciones éticas, al punto que prefirió renunciar antes que siquiera considerar la posibilidad de acceder a la ilícita pretensión.

Por ello, concluimos este apartado señalando que en el caso concreto el miedo a la potestad estuvo ausente y que por haber desplegado el sujeto activo todos los actos tendientes a la consumación del delito, y al no haberse producido el *miedo* por razones ajenas a su voluntad (esas razones tienen que ver con que se encontró con un abogado de férreas convicciones éticas), el delito no se consumó.

Conclusiones

1. La propuesta interpretativa que surge de este análisis y principal conclusión de este trabajo, es que el delito de concusión en cualquiera de sus tres modalidades –*constreñir, inducir o solicitar*- admite la modalidad de tentativa
2. Que el delito para su consumación requiere un resultado psicológico en la víctima: el *metus publicae potestatis*.
3. En concordancia con lo anterior, en los casos en los que los actos desplegados por el sujeto activo de la conducta sean idóneos para provocar ese miedo y esta no se produzca por razones ajenas a la voluntad de este, y si se cumplen los demás requisitos, podremos afirmar que se trata de una tentativa de concusión.
4. La interpretación que se propone tiene la ventaja de que le permite al juez hacer una ponderación más adecuada de las circunstancias espaciales, temporales y modales del hecho. Así como de las características personales de la víctima, todo ello con miras a establecer si ha concurrido o no el miedo como elemento característico de la concusión y en caso de que no se ha ya producido determinar si se dan los elementos de la tentativa, sin necesidad de presumir el miedo para no dejar impune la conducta o bien dejarla impune, aún a sabiendas de que concurren los requisitos de la tentativa. Es en definitiva, una solución que atiende a criterios estrictamente dogmáticos, pero también a criterios de igualdad en el trato y no desatiende tampoco la justicia material.

Bibliografía

Cancino Antonio José, *Delitos contra la Administración Pública*, en AA. Lecciones de derecho penal: parte especial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Calle Calderón Armando Luis y Juan Oberto Sotomayor Acosta, “El delito de interés ilícito en la celebración de contratos”, en *Estudios de Derecho*, No. 128, Medellín, Universidad de Antioquia, 1997

Ferreira Delgado, Francisco José, *Derecho Penal: parte especial*, Bogotá, Temis, 2006.

Uribe García, Saúl, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Ediciones Unaula, 2012.

Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Molina Arrubla, Carlos Mario, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Editorial Leyer, Bogotá, 2008.

Olaizola Nogales Inés, *El delito de cohecho*, Valencia, Valencia, Titant lo Blanch, 1999.

Pabón Parra Pedro Alfonso, *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2005.

Peña Ossa Erleans de Jesús, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Comlibros, 2009, p. 966

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia

1. Sentencia 22150 de Noviembre 21 de 2002, M.P. Mauro Solarte Portilla.
2. Sentencia 16319 de febrero 11 de 2003, M.P. Marina Pulido de Barón.
3. Sentencia 18056 de Septiembre 10 de 2003, M.P. Marina Pulido de Barón.
4. Sentencia 21956 de Noviembre 3 de 2004, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.
5. Sentencia 21961 de Septiembre 22 de 2004, M.P. Herman Galán Castellanos.
6. Sentencia 23732 de Marzo 7 de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.
7. Sentencia 19528 de Junio 20 de 2007, M.P. Mauro Solarte Portilla.
8. Sentencia 24329 de Julio 18 de 2007, M.P. Mauro Solarte Portilla.
9. Sentencia 29769 de Octubre 23 de 2008, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.
10. Sentencia 25933 de Octubre 27 de 2008, M.P. Javier Zapata Ortiz.
11. Sentencia 29769 de Febrero 23 de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.
12. Sentencia 32198 de Mayo 5 de 2010, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.
13. Sentencia 29934 de Agosto 18 de 2010, M.P. Javier Zapata Ortiz.